



| | |
|-------------------------|---------------------------------------|
| TEMA | FALLA EN EL SERVICIO |
| RADICACIÓN: | 73001-33-33-005-2012-00172-00 |
| MEDIO DE CONTROL | REPARACIÓN DIRECTA |
| DEMANDANTE | JOEL GRAJALES GALLEGO |
| DEMANDADO | EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN y OTRA |
| ASUNTO | SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA |

Ibagué, ocho (8) de junio dos mil veinte (2020)

Procede el Despacho a resolver la acción de reparación directa formulada por el señor JOEL GRAJALES GALLEGO quien obra en nombre propio y en representación de la menor JIHAN GRAJALES SERNA a través de apoderada, en contra de EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, mediante la cual solicitan un pronunciamiento judicial favorable, sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar administrativamente responsable a EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN por los perjuicios que se les han ocasionado a los demandantes, como consecuencia de las lesiones sufridas por la menor JIHAN GRAJALES SERNA.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad accionada a pagar a los demandantes, los siguientes perjuicios:

PERJUICIOS MORALES

- JOEL GRAJALES GALLEGO 100 SMMLV

PERJUICIOS MATERIALES

- DAÑO EMERGENTE \$12.307.861

- LUCRO CESANTE 100 SMMLV

DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

- JOEL GRAJALES GALLEGO 100 SMMLV

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

TERCERA: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en el término de los 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con el artículo 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984.

CUARTA: Condenar a la demandada al pago de los intereses desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

QUINTA: Condenar en costas y agencias del derecho (Fls. 60-62-62).

El anterior petitum se fundamenta en los siguientes,

2. HECHOS

PRIMERO: El día 11 de marzo de 2012, siendo aproximadamente las 9:30 a. m., cuando pasaban KELLY JOHANA AREDONDO, OSCAR IVAN MENDEZ y la menor JIHAN GRAJALES SERNA por la plazoleta del Carmen del Municipio de Honda – Tolima, la menor cayó en una alcantarilla que se encontraba con la rejilla de protección reglamentaria, completamente cedida o dañada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la caída, una varilla de la alcantarilla le ocasionó una herida en la pierna de aproximadamente 20 cms, a nivel de la región anterior al muslo que comprometió piel y tejido celular subcutáneo, por el que fue intervenida quirúrgicamente, quedó hospitalizada y con secuelas.

TERCERO: La entidad demandada no tomó las medidas necesarias para cambiar o instalar la alcantarilla (Fls. 64-67).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las declaraciones; en cuanto a los hechos manifestó que algunos no le constaban y otros eran falsos.

Como excepciones presentó las que denominó:

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA:**

La cual cimentó en que de ninguno de los elementos probatorios allegados al plenario se puede deducir que el mantenimiento de la alcantarilla donde ocurrieron los hechos le correspondiera a la entidad demandada.

Agregó que constituye un bien público a cargo del municipio y la vía que circunda la zona es carretera nacional correspondiéndole a INVIAS su mantenimiento.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

• **EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA**

indicó que en el caso objeto de la Litis el actor no puede enrostrar responsabilidad a la entidad cuando ha sido negligente en el cuidado de su menor hija, encomendándolo a personas que están por fuera de su núcleo familiar y exponiéndola a peligros fuera de su domicilio y ciudad.

• **AUSENCIA PROBATORIA DEL LUGAR DE LOS HECHOS**

Refiere que se debe probar la falla en el servicio, que no es otra que el deficiente funcionamiento de la administración, porque no funciono cuando ha debido hacerlo o lo hizo de manera tardía o equivocada.

Afirma que no tiene valor probatorio la foto allegada como prueba en el proceso, toda vez que no hay certeza del lugar donde fue tomada; asimismo que la versión allegada al plenario por el médico que trato a la menor, corresponde a la versión de los hechos que le diera la paciente, toda vez que el médico solo puede dar certeza de las lesiones padecidas (Fls.132-155).

4. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué mediante auto de fecha 8 de febrero de 2013 (Fls.109 -110), contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HONDA, procediéndose a efectuar las notificaciones de rigor (Fls. 115 -121).

La entidad demandada dentro del término para contestar lo hizo y presentó excepciones (Fls. 132-155).

El Juzgado de origen mediante auto del 7 de noviembre de 2013, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, la cual fue suspendida por el ánimo conciliatorio de las partes (Fls.192-193).

Posteriormente, mediante auto del 28 de marzo de 2014, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué vinculó en calidad de Litis Consorte Necesario al Municipio de Honda, dentro del término para contestar la demanda el Municipio de Honda guardó silencio (Fls.199-200).

Luego, en virtud del auto del 14 de julio de 2015 (Fl. 208), el presente proceso fue remitido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué al Juzgado Segundo Oral Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué, en cumplimiento al Acuerdo No. PSATA15-089 del 8 de julio de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura.

Con Auto del 26 de agosto de 2015, se fijó por parte del Despacho fecha y hora para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 210),

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

diligencia que se efectuó el 29 de septiembre de 2015; en dicha audiencia se evacuaron las etapas de saneamiento del proceso, excepciones previas, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas (Fls. 214-216).

El 24 de mayo de 2017, se celebró la audiencia contenida en el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con el fin de recaudar las pruebas decretadas, audiencia que fue suspendida (Fls. 217-218); el 23 de julio de 2019 se reanuda la audiencia de pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (Fls. 247-250).

5. ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante en escrito visible del folio 251-270 alega de conclusión en los siguientes términos:

Reiteró lo manifestado en la demanda y agregó, que no existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Empresa de Servicios Públicos, como quiera que, de conformidad con la Ley y la Constitución, es dicha entidad a la que le corresponde hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado.

Afirmó que toda vez que el accidente ocurrió en el parque del Carmen, es igualmente responsable el Municipio de Honda pues es quien debe velar por el cumplimiento en la prestación del servicio, de manera que considera que respecto del municipio y la entidad de servicios públicos debe declararse la responsabilidad solidaria.

Respecto de la excepción propuesta culpa exclusiva de la víctima considera que la entidad no logró demostrar y probar las tres condiciones para que se surta la exclusión de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, por el contrario, manifiesta que se probó que la menor en el momento de los hechos estaba acompañada de adultos, y que además el hecho de la ocurrencia del accidente se dio como consecuencia de la rejilla de una alcantarilla que se encuentra ubicada en el parque del Carmen del Municipio de Honda y no en una avenida nacional.

La parte demandada -Municipio de Honda- presentó alegatos de conclusión a folios 271- 272, a través de apoderado, en el cual manifestó que el responsable de prestar los servicios públicos es EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, la cual es una empresa descentralizada y es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

La parte demandada EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN a folios 273-277 reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y refirió que no se probó el incumplimiento concreto de alguna obligación por parte de su representada; asimismo señaló que no resultó probado que la causa eficiente del daño, fuera la falta de la tapa de alcantarilla o que esta estuviera en mal estado.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

A su turno el representante del Ministerio Público a folios 278 – 285, emitió concepto indicando que la atribución del daño en el caso concreto debía determinarse, identificando a qué entidad le correspondía el deber de señalar adecuadamente la alcantarilla abierta que se encontraba en el parque.

Consideró que el anterior deber, recae en manos de la Empresa Prestadora de Servicios y del Municipio de Honda pues a su juicio de conformidad con la ley, deben adoptar las medidas necesarias para dar cabal cumplimiento a su deber de velar por la integridad y señalización del sitio en que se produjo el accidente.

Concluyó, que con el acervo probatorio existente en el expediente se debe declarar la culpa compartida y declarar a la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de Honda administrativamente responsable por la caída y consecuentes secuelas de la menor en forma proporcional al daño ocasionado por la falla en el servicio.

6. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 155 numeral 5° y 156 numeral 6° de la Ley 1437 de 2011, resulta competente este Juzgado para conocer del presente debate procesal.

Ahora bien, en el desarrollo de las diferentes etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas (artículo 207 del C.P.A.C.A.), sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6.2. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como quiera que las excepciones formuladas por la demandada guardan estrecha relación con el fondo del asunto, se desatarán junto con él.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a establecer si el MUNICIPIO DE HONDA y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios ocasionados a las demandantes, como consecuencia del accidente en el que se lesionó la menor JIHAN GRAJALES SERNA el día 11 de

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

marzo de 2012, al caer en una alcantarilla que se encontraba en el parque del Carmen del Municipio de Honda – Tolima.

6.4. MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y REGIMEN DE IMPUTACIÓN APLICABLE

En casos en los cuales se debate la responsabilidad del Estado por un daño producido como consecuencia del incumplimiento de un deber legal de la Administración, como en el *sub examine*, en el cual se endilga al MUNICIPIO DE HONDA y a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, la omisión de instalar señales de prevención respecto de la existencia de una alcantarilla dentro del parque del Carmen, así como también, su falta de mantenimiento, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio, máxime si se tiene en cuenta que dicho título fue el indicado en el libelo genitor, pues el H. Consejo de Estado ha indicado que, cualquiera que sea el criterio de imputación que se señale como aplicable al caso concreto, siempre que se invoque en la demanda el título de imputación de la falla del servicio, deberá en primer término abordarse el estudio de tal régimen subjetivo de responsabilidad.

Sobre el particular se cita lo que el H. Consejo de Estado ha precisado¹:

“Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aun tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración.”

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se produce a consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional a cargo del Estado determinado en la Constitución Política y en la ley, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del Juez, en relación con las falencias en las cuales incurrió la administración y que implica un consecuente juicio de reproche. Por su parte, la entidad pública demandada podrá excluir su responsabilidad demostrando que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada –positivos o negativos- o también si logra demostrar la configuración de una causal de exoneración como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Ahora bien, cuando el daño se deriva concretamente de una omisión en la cual habría incurrido una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico

¹ Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2008, Radicación No. 76001-23-31-000-1994-00512-01(14780), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

le ha atribuido, la jurisprudencia ha precisado que se debe efectuar una comparación entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para dicha autoridad y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la entidad pública demandada en el caso concreto. Una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha acatado -o lo ha hecho de forma deficiente, tardía o defectuosa el referido contenido obligacional, es decir, ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es preciso revisar si dicha falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño.

En otras palabras, es necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos, como lo es la comprobación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta como ya se dijo que el título de imputación bajo el cual será analizado el asunto sometido a decisión, es el de la falla del servicio, habrá de analizarse si se encuentran acreditados los elementos fundamentales de la misma, esto es: 1) el daño antijurídico 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

6.5. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1. Historia Clínica Electrónica del E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE HONDA realizada a la menor JIHAN GRAJALES SERNA el 11 de marzo de 2012 (Fls. 11-22).
2. Registro Civil de Nacimiento de JIHAN GRAJLES SERNA donde consta que es hija de BEATRIZ ELENA SERNA ALVAREZ y JOEL GRAJALES GALLEGO (FI. 38).
3. Cinco fotografías aportadas por la parte actora (Fls. 39-41).
4. Historia Clínica de Atención Médica prestada el 28 de mayo de 2012, en la Clínica de Especialistas de la Dorada S.A. a la menor JIHAN GRAJALES SERNA (FI. 58).
5. Testimonio rendido por la señora LIDA MARIA GOMEZ MELENDEZ, quien fue testigo presencial de los hechos objeto de debate (Fls. 246-250).
6. Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia JUVENAL ALVAREZ GALLEGO, con el fin de establecer los daños materiales ocasionados a los demandantes (Fls.2-9 Cuad. Dictamen pericial).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

7. Informe pericial de clínica forense No. UBZH –DSTLM- 00826-C-2017, del 12 de junio de 2017, realizado a la menor JIHAN GRAJALES SERNA del que se destaca lo siguiente:

“Miembros inferiores: cicatriz normocromica, ligeramente deprimida en la cara anterior del tercer medio y distal del muslo derecho en dirección longitudinal de 18 x1,4 cm ostensible.

ANALISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Mecanismo traumático de lesión: Cortante. Incapacidad médico legal DEFINITIVA QUINCE (15) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.” (Fl. 19 Cuad. Dictamen pericial).

6.6. CASO EN CONCRETO

Realizadas las anteriores precisiones, debemos determinar si se encuentran acreditados los presupuestos inicialmente señalados para atribuir responsabilidad al Estado por el los perjuicios ocasionados a las demandantes, como consecuencia del accidente en que se lesiono la menor JIHAN GRAJALES SERNA el día 11 de marzo de 2012, al caer en una alcantarilla que se encontraba en el parque del Carmen del Municipio de Honda – Tolima.

6.6.1. EL DAÑO

Revisado el material probatorio se constata, en primer lugar, del contenido de la historia clínica de la atención recibida por la menor JIHAN GRAJALES SERNA el día 11 marzo de 2012 en la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Honda, lo siguiente:

“CONCEPTO Y PLAN DE TRATAMIENTO

PACIENTE DE 10 AÑOS DE EDAD TRAÍDA POR FAMILIAR POR PRESENTAR CUADRO CLÍNICO DE MÁS O MENOS UNA HORA DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN HERIDA EN MUSLO DERECHO PARTE ANTERIOR CON OBJETO PUNZANTE AL CAER EN UNA ALCANTARILLA CON POSTERIOR SANGRADO SIN OTRO SÍNTOMA NO TIENE ANTECEDENTES DE IMPORTANCIA AL KF SE ENCUENTRA CONCIENTE ESTABLE HEMODINAMICAMENTE C/P RITMICOS SIN SOPLOS DE BUENA TONALIDAD PULMONES CLAROS CON BUENA VENTILACIÓN ABDOMEN BLANDO DEPRESIBLE NO MASAS PALPABLES G/U NORMOCONFIGURADO EXT: SIMÉTRICAS CON HERIDA DE MÁS O MENOS 20 CMS DE LONGITUD A NIVEL DE REGIÓN ANTERIOR DE MUSLO QUE COMPROMETE PIEL Y TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO SIN COMPROMISO MUSCULAR , ÓSEO SNC: SIN DÉFICIT APARENTE POR TAL MOTIVO SE LE ORDENA.”

Posteriormente, es sometida a cirugía donde se le practica la siguiente intervención:

(...) BAJO ANESTECIA LOCAL SE PROCEDE A REALIZAR LAVADO EXHAUSTIVO DE HERIDA CON ABUNDANTE SSN 0.9, YODOPOLIVIDONA ESPUMA, SE COLOCAN CAMPOS

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

QUIRURGICOS SE PROCEDE A REALIZAR SUTURA DE TEJIDO CELULAR SUBCUTANEO, SE PROCEDE A REALIZAR SUTURA DE PIEL CON PROLENE 3-0 PUNTOS SEPARADOS, PACIENTE TOLERA PROCEDIMIENTO NO COMPLICACIONES

POR LA LONGITUD DE LA HERIDA, EL OBJETO CAUSANTE SE DECIDE DEJAR HOSPITALIZADA PARA MANEJO ANTIBIOTICO PROMEDIO DE 72 HORAS SEGÚN EVOLUCIÓN...” (Fls. 11-22).

De los medios de prueba obrantes en el expediente se concluye que se encuentra demostrado el daño antijurídico consistente en las lesiones físicas padecidas por la menor JIHAN GRAJALES SERNA.

Ahora bien, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si corresponde atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

6.6.2. IMPUTACIÓN

CUESTION PREVIA

Respecto de las fotografías allegadas al expediente, resulta pertinente indicar que el H. Consejo de Estado² ha determinado ciertos requisitos para su validez, por cuanto ha señalado:

“Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegadas al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso. (...) se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar. En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación...”.

De lo anterior, es posible colegir que las fotografías como medio de prueba por sí solas no constituyen un instrumento eficaz para demostrar el daño, sino que dan fe del estado en que se encontraba el objeto, lugar o persona allí consignado al momento en que la misma fue tomada, más no al de la ocurrencia del hecho dañoso, por lo que es necesario que en las mismas conste la

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 2013, Radicación No. 08001-23-31-000-1997-11812-01(27353), C.P. Enrique Gil Botero.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

fecha de su captura, para establecer las condiciones de tiempo, modo y espacio del objeto fotografiado, siendo además necesario que las mismas sean ratificadas por otro medio de prueba.

Siendo ello así, las fotografías aportadas por la parte actora, no cuentan con registro de hora y fecha en que se realizaron, sin que se pueda por medio de los demás elementos probatorios allegados al proceso dotarlas de valor probatorio y determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las mismas, por lo tanto, las imágenes aportadas no poseen la utilidad o provecho pretendidos por la parte demandante, sólo puede inferirse que lo allí ilustrado existía al momento de la presentación de la demanda en un lugar que se desconoce.

Para tales efectos, el Despacho advierte que tendrá como pruebas, las documentales aportadas oportunamente en copia auténtica y en copia simple al expediente, así como el resto de los elementos de convicción aportados y recaudados conforme a derecho.

Así las cosas, demostrado el daño alegado por las partes, consistente en las lesiones padecidas por la menor JIHAN GRAJALES SERNA, corresponde a este operador judicial efectuar el estudio del segundo elemento de responsabilidad que no es otro que la **imputación**.

La parte demandante pretende se declare administrativa y solidariamente responsables al MUNICIPIO DE HONDA y LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE HONDA EMPREHON E.S.P, por las lesiones padecidas por la menor, al considerar que tales entidades incurrieron en una falla en el servicio al omitir realizar el mantenimiento y la señalización de la alcantarilla citada.

Revisado el plenario se constató mediante la declaración de la señora LIDA MARIA GOMEZ MELENDEZ, los hechos alegados en la demanda, toda vez que trabajaba para la Empresa Flota los Puentes, como taquillera en una caseta ubicada a 30 metros del parque donde ocurrió el accidente y encontrándose en el turno, vio pasar una familia, y momentos después escuchó a un taxista gritar que se había caído una niña, y cuando observó, vio que la niña había caído en la rejilla de aguas lluvias que se encuentra ubicada al interior del parque.

Mencionó que la rejilla en la que ocurrió el accidente siempre estuvo dañada, que se encontraba al interior del parque y que en la misma habían ocurrido muchos accidentes, además manifestó que nunca vio que se le hiciera mantenimiento, así como tampoco se le colocó ningún tipo de señalización que advirtiera el peligro.

Agregó, que no estaba segura si la menor iba acompañada de dos o tres adultos y si estos le estaban prestando atención al momento de la caída, pues ella vio cuando llegaba una familia donde se encontraba esta menor; así como cuando la sacaban a la menor de la rejilla de aguas lluvias herida y seguidamente cuando la llevaba un hombre alzada para buscar un taxi, para dirigirse a algún hospital, pero no determino la cantidad de personas que la acompañaban.

De lo depuesto por la testigo puede confirmarse lo afirmado por la actora en la demanda, en el sentido que el accidente que padeció la menor ocurrió en el parque del Carmen del Municipio de Honda Tolima, en una caja de aguas lluvias ubicada al interior del mismo; así como que

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

la menor demandante transitaba por el mismo en compañía de su familia y debido a que la rejilla se encontraba en mal estado, esa fue la causa del accidente que le causó las lesiones en la cara anterior del tercer medio y distal del muslo derecho.

La referida declaración, coincide con los sucesos que manifiesta la parte actora ocurrieron ese día, respecto de los puntos centrales, lo cual le confiere veracidad a su dicho, aunado a que la testigo manifestó trabajar al frente del parque, por la cual señaló que usualmente recorre ese sector, es decir, se trata de una persona que conoce el lugar, pues lo frecuenta constantemente, al punto que había advertido el daño de la de la rejilla en la alcantarilla, desde hacía mucho tiempo.

Así las cosas, en aras de establecer si es procedente imputar la responsabilidad a las demandadas, es preciso citar en primer lugar, el marco legal que las regula en virtud de establecer sus obligaciones incumplidas, para lo cual es preciso señalar que el artículo 365 de la Constitución Política señala que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, los cuales estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente.

Para el cumplimiento de dicho deber, el legislativo expidió la Ley 142 de 1994, a través de la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios en cuyo artículo 5º, señala:

“Artículo 5. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. (...).”

El artículo 15 de la misma ley, establece quienes pueden prestar los servicios públicos, así:

“15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta ley.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo”.

Así las cosas, en virtud de la descentralización administrativa, los establecimientos públicos que gozan de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica y que son objeto de control por parte del sector central, están habilitados por la ley para la prestación de servicios públicos.

En el caso de las entidades municipales su regulación se encuentra en el Decreto Ley 1333 de 1986 Código de Régimen Municipal, en cuyo artículo 156 prevé:

“Artículo 156. Las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales.”

En cumplimiento de la normatividad citada, mediante Acuerdo No.013 de mayo 20 de 1998 se creó la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE HONDA - EMPREHON E.S.P. con el objeto de prestar los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Honda.

En este orden de ideas, se desprende que si bien la empresa de servicios públicos para la época de los hechos le fue asignada en virtud de la descentralización, la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, también lo es que, en virtud de la ley el municipio tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la prestación eficiente de esos servicios, por tal motivo no está llamada a prosperar la excepción propuesta por la Empresa de Servicios Públicos denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, pues como se advierte la entidad territorial debía ejercer el control de tutela en la prestación del servicio, pero es la Empresa de Servicios Públicos, quien debía prestarlo eficientemente.

Ahora es menester, resolver si hay lugar a exonerar a las demandadas de responsabilidad como consecuencia de una de las causales eximentes de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, tal y como lo propuso la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, en virtud de la cual se manifiesta que el actor no puede enrostrar responsabilidad a la entidad cuando ha sido negligente en el cuidado de su menor hija, encomendándolo a personas que están por fuera de su núcleo familiar y exponiéndola a peligros fuera de su domicilio y ciudad.

Sobre el particular, es decir la incidencia del hecho de las víctimas en la causación del daño, el H. Consejo de Estado, ha manifestado³:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Radicación No. 52001-23-31-000-1998-08834-01(17179), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

“En pocos términos, en materia de responsabilidad estatal, para que la decisión sea favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido, para que surja el derecho a la indemnización, pues, además, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo y no cuando dicha causa lo sea el hecho de la víctima, sin importar la capacidad o incapacidad de ésta para incurrir en culpa.

En ese orden de ideas, en principio, la sola edad de la víctima no es razón suficiente para imputar el daño a la Administración, dado que lo que importa establecer es el hecho que constituya su causa determinante. No obstante, dicho factor sí tendrá incidencia para efectos de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado cuando su desconocimiento hubiere propiciado el daño, como ocurre en los eventos en los cuales encomienda a personas sin madurez ni capacidad, el ejercicio de actividades peligrosas.

En el caso concreto, considera la Sala que el daño no le es imputable a la propia víctima, quien utilizó un bien cuya función era la de servir de cancha de microfútbol transportable, tan liviana, que los mismos niños podían fácilmente transportarla de un lugar a otro (como se observa del “informe investigativo previas No. 244” (fl. 7 a 8 C.3), pero al subirse a la misma no pudo con el peso y bien sea que el menor cayó y se golpeó contra el piso o que la barra lo golpeó en la cabeza, ese hecho le es imputable a la entidad encargada del mantenimiento del parque, por cuanto la cancha no estaba debidamente asegurada para evitar que se cayera y causara este accidente.

De esta manera como la conducta del menor no contribuyó eficazmente a la producción del daño, ni de manera eficiente ni concurrente, sino que el hecho que puede considerarse como causa generadora del accidente fue que la cancha no estaba asegurada al suelo, y, por lo tanto, representaban un riesgo latente, se concluye que el daño es solamente imputable a las entidades demandadas. Por lo tanto, se revocará la sentencia impugnada.” (Subraya y negrilla del Despacho).

De la jurisprudencia señalada es posible colegir que para declarar probada la causal eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, es necesario que la causa eficiente del daño sea el hecho de la víctima.

Así las cosas, del relato del único testigo del proceso y de los hechos de la demanda, se advierte que la menor caminaba al interior del parque del Carmen, cuando cayó en una caja de aguas lluvias, la cual tenía una rejilla en mal estado y sin ningún tipo de señalización que advirtiera el peligro, de que la rejilla estuviera en mal estado; fue la causa generadora del daño, como quiera que se constituye en un riesgo latente para la comunidad, el cual únicamente es imputable a las demandadas.

En el expediente obran pruebas que permiten afirmar que las entidades demandadas, deben responder de manera solidaria por los daños causados al omitir el mantenimiento del sumidero o alcantarilla ubicada al interior del parque del Carmen, siendo por mandato constitucional y legal de dichos entes, el deber de efectuar el mantenimiento o prever el peligro que representaba el daño de la rejilla de la alcantarilla o sumidero y proceder a ordenar la obras necesarias

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

para eliminar ese riesgo y entre tanto, aislarlo mediante la ubicación de vayas, cercas, etc., así como instalar las señales reglamentarias que advirtieran a los peatones el peligro que éste representaba, a fin de que éstos pudieran tomar las precauciones conducentes para evitar accidentes como el ocurrido a la menor JIHAN GRAJALES SERNA.

Por tal motivo, se declararán no probadas la excepción de falta de legitimación en la causa, y culpa exclusiva de la víctima propuesta por la Empresa de Servicios Públicos (EMPREHON E.S.P. hoy en liquidación).

Así las cosas, indudable resulta que el daño antijurídico anteriormente reseñado resulta imputable al Municipio de Honda y a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Honda E.S.P. (EMPREHON E.S.P), hoy en liquidación, bajo la modalidad de falla del servicio, tal y como lo reseñó la parte actora en el libelo genitor, razón por la cual a continuación, pasará el Despacho a efectuar la correspondiente indemnización de perjuicios.

6.6.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

De lo anterior, es posible señalar que es imputable el daño a título de falla del servicio a las accionadas Empresa de Servicios Públicos y del municipio en la producción del daño antijurídico a la actora, por cuanto la primera, omitió su deber de mantenimiento y conservación de la red de alcantarillado; y el segundo, por cuanto como se señaló, le corresponde asegurar que el servicio domiciliario de alcantarillado se preste de manera eficiente a sus habitantes, lo cual no ocurrió, al haber permitido que en el citado parque, por donde transitan los ciudadanos, se presentara un sumidero con la rejilla en mal estado y sin advertencia y/o información a la comunidad de ello.

Lo anterior por cuanto, el deber estatal de la entidad territorial no se agota en la construcción o edificación de espacios idóneos para el adecuado desarrollo urbanístico, sino que también le corresponde el mantenimiento, vigilancia y reparación de estos espacios.

En consecuencia se reitera que se encuentra acreditada la falla del servicio público en razón al incumplimiento de las obligaciones del Municipio y de la Empresa de Servicios Públicos en materia de conservación, mantenimiento y reparación de los bienes que integran el espacio público y de manera singular en lo que hace relación a la red del servicio público domiciliario de alcantarillado, lo cual abre paso a la declaratoria de responsabilidad del Estado y por ello, se adentrará en la tasación de los perjuicios pedidos en la demanda.

6.7. TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS

6.7.1. PERJUICIO MORAL POR LESIONES

En relación con el perjuicio moral, nuestro órgano de cierre en reiteradas oportunidades ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercano,

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
 MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
 DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política, así que este juzgador no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

Para empezar tenemos que en relación con el señor JOEL GRAJALES GALLEGO, quien actúa en calidad de padre de la víctima directa, se encuentra acreditada su relación de parentesco para con la misma, con el Registro Civil de Nacimiento.

Ahora bien, con fundamento en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente: 31172, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, se consignó respecto al reconocimiento de perjuicios morales por lesiones personales lo siguiente:

“Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares en caso de lesiones personales.

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima.

| | Nivel 1 | Nivel 2 | Nivel 3 | Nivel 4 | Nivel 5 |
|---|--|---|---|---|--|
| Gravedad en la lesión | Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paternofiliales. | Relación afectiva del 2º grado de consanguinidad o civil. | Relación afectiva del 3º grado de consanguinidad o civil. | Relación afectiva del 4º grado de consanguinidad o civil. | Relaciones afectivas no familiares de terceros damnificados. |
| Igual o superior al 50 % | 100 SMLMV | 50 SMLMV | 35 SMLMV | 25 SMLMV | 15 SMLMV |
| Igual o superior al 40 % e inferior al 50 % | 80 SMLMV | 40 SMLMV | 28 SMLMV | 20 SMLMV | 12 SMLMV |
| Igual o superior al 30 % e inferior al 40 % | 60 SMLMV | 30 SMLMV | 21 SMLMV | 15 SMLMV | 9 SMLMV |
| Igual o superior al 20 % e inferior al 30 % | | | | | |

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
 MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
 DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

| | 40 SMLMV | 20 SMLMV | 14 SMLMV | 10 SMLMV | 6 SMLMV |
|---|----------|----------|-----------|-----------|-----------|
| Igual o superior al 10 % e inferior al 20 % | 20 SMLMV | 10 SMLMV | 7 SMLMV | 5 SMLMV | 3 SMLMV |
| Igual o superior al 1 % e inferior al 10 % | 10 SMLMV | 5 SMLMV | 3.5 SMLMV | 2.5 SMLMV | 1.5 SMLMV |

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión se a igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10% (...)."

En cuanto a los perjuicios morales, al plenario se allegó apenas un primer reconocimiento de medicina legal que estableció una incapacidad médico legal de 15 días y secuelas médico legales definitivas.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA –TOLIMA

En tales condiciones es imposible establecer monto alguno como pago de perjuicios por este concepto, pues no se tiene certeza respecto de si el accidente produjo secuelas definitivas o pérdida funcional de algún órgano en la humanidad de la demandante.

En tal virtud, dado que no se cuenta con otras pruebas que permitan establecer con certeza los perjuicios morales causados a JOEL GRAJELES GALLEGO y a la menor JIHAN GRAJALES SERNA, habrá de proferirse condena en abstracto, para que mediante trámite incidental se proceda a realizar la respectiva liquidación de los mismos de conformidad al porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la menor acreditada legalmente.

6.7.2. PERJUICIOS MATERIALES – LUCRO CESANTE

Frente a este perjuicio la parte demandante solicita el reconocimiento de 100 SMMLV.

El lucro cesante (*lucrum sessans*) ha sido definido por el Dr. Álvaro Bustamante en su libro Responsabilidad Extracontractual del Estado⁴, como:

“La ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento. En esta noción se considera incorporada toda manifestación relacionada con la falta de productividad o rendimiento que se deriva del hecho.

(...).

El lucro cesante consolidado o vencido es la pérdida de utilidad o ganancia que una persona afectada por el hecho dañoso experimenta en su patrimonio desde la fecha del infortunio y hasta la sentencia que impone la obligación indemnizatoria y el lucro cesante futuro es la pérdida que se sufre entre la fecha del fallo y aquella en la cual finaliza la obligación económica que origina la indemnización”.

En el caso bajo estudio, solicita la parte demandante el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante causados a los demandantes con motivo de las lesiones padecidas por la menor, para lo cual el único material probatorio arrimado al expediente para probar tal perjuicio es el dictamen pericial que se encuentra al interior del expediente en el cual el auxiliar de la justicia respecto del lucro cesante manifestó:

“Así las cosas, este perito no ve inconveniente alguno para intentar cuantificar el monto del ingreso, así la menor JIHAN GRAJALES SERNA hubiere sido una estudiante para el momento de acaencia de los hechos y por lo tanto no alcanzaba a generar ingreso alguno, pues será sobre la base del salario mínimo que determine mis propios cálculos. Ahora bien, será el expediente de donde se extraerá la información que me permita determinar el valor que se dejó de percibir, para lo cual requiero contar con sus dos componentes esenciales: de un lado el salario diario y de otro, el tiempo que se vio obligada a permanecer inactiva como resultado de la lesión que padeció. El primero ya se conoce, pues al respecto se tiene el salario mínimo legal

⁴ Álvaro Bustamante Ledesma, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Bogotá, Editorial Leyer, 1999, página 29.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

mensual que regía para el año del accidente (2012) que era de \$566.700" (Fil. 4 Cuad. Dictamen pericial).

En primer lugar, habrá de decirse que, del material probatorio arrimado al expediente, lo único acreditado es que la víctima era una joven en edad escolar; no se allegó prueba alguna que permita inferir a este operador judicial que la menor JIHAN GRAJALES SERNA fuera económicamente productiva, que propiciara una ayuda económica a su núcleo familiar o que estuviera en condiciones de necesidad.

Por tal motivo se apartará este Despacho del dictamen pericial presentado por la parte actora ya que los perjuicios no se pueden basar en hipótesis y en supuestos que no fueron demostrados en el proceso.

6.7.3. DAÑO EMERGENTE

Solicita la parte demandante se ordene pagar a favor de los demandantes la suma correspondiente a \$12.307.861 por concepto de daño emergente.

Al respectó, obran en el plenario los siguientes recibos de gastos por concepto de pagos en los que incurrió el demandante JOEL GRAJALES GALLEGO en su calidad de padre de la menor:

- Folio 22 Factura Hospital San Juan de Dios 24772 de fecha del 14 de marzo de 2012 por valor de \$70.861.
- Folio 25 recibo de caja del día 11 de marzo de 2012 por concepto de comida \$8.000.
- Folio 26 recibo de caja del día 11 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 26 recibo de caja del día 11 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 27 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 27 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 27 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de desayuno \$5.000.
- Folio 28 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de agua y jugos \$4.000.
- Folio 29 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de almuerzo \$8.000.
- Folio 30 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de comida \$7.000.
- Folio 30 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 30 recibo de caja del 12 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 31 recibo de caja del 13 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 31 recibo de caja del 13 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 33 recibo de caja del 13 de marzo de 2012 por concepto de almuerzo \$8.000.
- Folio 34 recibo de caja del 13 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 34 recibo de caja del 13 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 35 recibo de caja del 14 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$4.000.
- Folio 35 recibo de caja del 14 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$3.000.
- Folio 36 recibo de caja del 14 de marzo de 2012 por concepto de 2 almuerzos \$16.000.
- Folio 37 recibo de caja del 14 de marzo de 2012 por concepto de taxi \$20.000.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

Los anteriores recibos suman \$ 183.861, los cuales serán reconocidos a éste título, valga la pena precisar que se allegaron algunos recibos de caja a nombre de la señora BEATRIZ ELENA SERNA madre de la menor, la cual no es parte accionante en el presente proceso motivo por el cual el valor que pago aquella no será reconocido.

De otra parte, los demandantes solicitan el reconocimiento de \$12.000.000 por concepto de cirugía estética que debe realizarse a la menor, no obstante, revisado el material probatorio allegado al plenario, dicha solicitud carece de respaldo probatorio, situación que obliga indefectiblemente a no conceder indemnización alguna por este concepto.

En este punto, es preciso señalar que el Despacho se aparta de lo manifestado por el auxiliar de la justicia JUVENAL ALVAREZ GALLEGO, como quiera que para la liquidación del presente perjuicio tiene en cuenta \$12.000.000, solicitados por la parte accionante, sin ningún respaldo probatorio, pues revisado el expediente no se encuentra cotización, factura, ningún elemento que permita al Despacho establecer que la víctima efectuó ese gasto o deba efectuarlo a futuro.

Sobre el particular es preciso señalar que este perjuicio se ocasiona cuando existe la disminución específica, real y cierta del patrimonio, representada en los gastos que los damnificados tuvieron que hacer con ocasión del evento dañino, en todo caso significa que algo salió del patrimonio de la víctima por el hecho dañino y debe retomar a él, bien en especie o bien en su equivalente para que las cosas vuelvan a ser como eran antes de producirse el daño.

6.7.4. DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

En cuanto a estos perjuicios, manifiesta la parte demandante que los mismos deben ser tasados a favor de la menor JIHAN GRAJALES SERNA en cuantía de 100 SMMLV como directa lesionada.

Ahora bien, en recientes pronunciamientos de unificación, el Consejo de Estado-Sección Tercera ha considerado que existen solamente tres tipos de perjuicios inmateriales que deben reconocerse una vez se compruebe la responsabilidad del Estado, estos son:

- i) Perjuicio moral;
- ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales.
- iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Considera el Despacho que el Consejo de Estado ha querido unificar varios de los títulos de perjuicios con los cuales se acude a reclamar ante esta Jurisdicción, a fin de que queden subsumidos en aquel denominado DAÑO A LA SALUD, que cobija no solo los perjuicios derivados de las lesiones de tipo físico y psicológico, sino aquellas que se presentan dentro del ámbito social del

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

que ha sufrido un daño antijurídico que no tiene el deber legal de soportar, como es el caso de la alteración a las condiciones de existencia, anteriormente denominado daño a la vida de relación, junto con el perjuicio estético entre otros.

Ahora bien, aclarado lo anterior se hace preciso traer a colación lo expresado por el Alto Tribunal respecto al reconocimiento de este perjuicio en particular:

“La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

| GRAVEDAD DE LA LESIÓN | Víctima |
|---|-----------|
| Igual o superior al 50% | 100 SMMLV |
| Igual o superior al 40% e inferior al 50% | 80 SMMLV |
| Igual o superior al 30% e inferior al 40% | 60 SMMLV |
| Igual o superior al 20% e inferior al 30% | 40 SMMLV |
| Igual o superior al 10% e inferior al 20% | 20 SMMLV |
| Igual o superior al 1% e inferior al 10% | 10 SMMLV |

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. (...).

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.⁵.

Ahora bien, se recalca nuevamente que no se encuentra acreditado dentro del expediente, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la menor JIHAN GRAJALES SERNA, como tampoco se cuenta con elementos para calcular el valor del perjuicio, razón por la cual deberá proferirse condena en abstracto, para que mediante trámite incidental se reconozca a favor únicamente de la menor la liquidación de los mismos de conformidad al porcentaje de pérdida de capacidad laboral acreditada legalmente.

7. COSTAS

En consideración a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, al cual se aplica en este trámite procesal virtud del artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACION denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA y CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsables al MUNICIPIO DE HONDA y a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN de manera solidaria, por los perjuicios causados a la menor

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 14 de septiembre de 2011, Radicación No. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2012-00172-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOEL GRAJALES GALLEGO
DEMANDADO: EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE HONDA -TOLIMA

JIHAN GRAJALES GALLEGO con ocasión de la falla del servicio de alcantarillado que conllevó a que sufriera una caída en una alcantarilla y/o sumidero que se encontraba sin rejilla y sin señal de precaución.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR EN ABSTRACTO** al MUNICIPIO DE HONDA y a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN a pagar solidariamente a favor del señor JOEL GRAJALES GALLEGO y su menor hija JIHAN GRAJALES SERNA, por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: CONDENAR EN ABSTRACTO al MUNICIPIO DE HONDA y a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN a pagar solidariamente a favor JIHAN GRAJALES SERNA, por concepto de **DAÑO A LA SALUD**, la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de la providencia.

QUINTO: CONDENAR al MUNICIPIO DE HONDA y a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HONDA EMPREHON E.S.P. EN LIQUIDACIÓN a pagar solidariamente a favor JIHAN GRAJALES SERNA, por concepto de perjuicios materiales, en el rubro **DAÑO EMERGENTE**, a JOEL GRAJALES GALLEGO la suma de CIENTO OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M.CTE \$183.861.

SEXTO: El valor de las sumas antes relacionadas, será ajustado de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

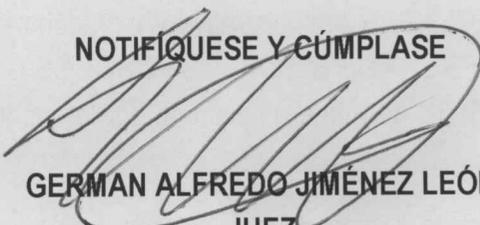
SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOVENO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría devuélvase a la parte actora el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere; déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ